DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA,

DE

ACTIONE FAMILIÆ ERCISCVNDÆ,

QVAM,

EX DECRETO ET AVCTORITATE

ILLVSTRIS JCTORVM ORDINIS,

IN PER-ANTIQVA ELECTORALI VNIVERSITATE ERFORDIENSI,

P R Æ S I D E

VIRO PRÆNOBILI, CLARISSIMO, AMPLISSIMO AC CONSVLTISSIMO

DN. CONRADO WILHELMO STRECKER, J. V. D.

JVRID. FACVLT. ET JVDICII ELECT. PROVINC. ASSESS. COD. PROF. PVBL. ORD. CIVIT. SYND. ET CONSVLE PRIMARIO, NEC NON PRÆFATÆ FACVLTAT. P. T. SPECTABILI DECANO,

PRO GRADV DOCTORALI

RITE AC LEGITIME CONSEQVENDO,

PVBLICE DEFENDENDAM SVSCEPIT

PODIVINVS SIMEON HORNIK,

J. V. C.

Reverendiſſimi Archi-Epiſcopalis Conſiſtorii Pragenſis nec non ad ampliſſimum Magiſtratum Regiæ Metropolis Vetero-Pragæ atque ad reliquas inferiores inſtantias juratus Procurator.

IN AVDITORIO JCTORVM MAJORI HOR. CONSVET.

DIE XXVII. MAJI, MDCCXXXIX.

ERFORDIÆ, Typis HERINGII, Acad. Typogr.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

J. N. S. S. T.

DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA

DE

ACTIONE FAMILIÆ ERCISCVNDÆ,

§. I.

Judicia diviſoria paci inter cives conſervandæ maxime conducunt: nunquam enim violentius ἡ πλεονεξία, cupiditas plus ſuo habendi, ſævit, quam ubi duorum pluriumve avaritia, cedere neſcia, in iisdem rebus collidiaur. Danda igitur opera fuit in civitate romana, in qua ſalutis publicæ cura ſemper viguit, ut diviſio rerum communium certis legibus & actionibus regeretur; ut ſinguli, parte ſua contenti, æqualitatem ſervarent: atque hoc publicæ rei conſulendi ſtudium familiæ herciſcundæ judicium produxit. Actionem hanc primum a lege XII tabularum profectam fuiſſe tradit VLPIANVS JCtus a): deinde edicto a Prætore incluſam & conſtitutionibus demum Principum confirmatam ex Caji Ulpiani & Pauli libris ad edictum intelligitur: ex ratione vero utilitatis publicæ introductam CAJVS b) probat, nempe: *quod coheredibus a communione diſcedere volentibus, viſum fuerit neceſſarium aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res heredita-*

 ria

Digitized by Google

ria diſtribuerentur: ut ita pax inter cives conſiſteret & ſimul tranquillitas reipublicæ conſervaretur.

a) in lege 1. princ. D. familia herciſcunda.
b) in lege 1. cit.

§. II.

Herciſcere vel erciſcere unde derivetur & quid proprie ſignificet, viri doctiſſimi GERARD JOANNES VOSSIUS a) & CLAUDIUS SALMASIUS b) inquiſiverunt: noſtro inſtituto ſufficit, herciſcere eſſe verbum antiquum, atque idem ſignificare quod dividere, quod BRISSONIUS c) demonſtrat. Familiæ nomen, BRISSONIO d) etiam obſervante, ſpeciatim de famulorum cœtu a Romanis uſurpatum; poſtea latius hæc ſignificatio diffuſa fuit, ut non tantum ſervos, ſed etiam perſonas liberas, in familia noſtra deprehenſas, immo res noſtras contineret: unde VLPIANUS e) ait: *familiæ adpellatio varie accepta eſt; nam & in res & perſonas deducitur: in res utpota in lege XII. tabularum, his verbis, agnatus proximus familiam habeto.* Hoc ſenſu, qui noſtrum thema concernit, familiæ herciſcundæ arbiter, actio, judicium, id eſt, hereditatis dividendæ in jure romano accipiuntur, ac familia vel ipſam hereditatem vel res hereditarias denotat: CAJUS f) ſane & VLPIANUS g) per familiam & hereditatem & res hereditarius ſignificant. Equidem res hereditariæ ab hereditate diſtinctæ ſunt: quippe hereditas, CAJO h) definiente, *eſt ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit:* eſſe vero id jus rem incorporalem ideoque tangi non poſſe neque proinde dividi CAJUS i) docet; hereditas tamen res etiam corporales complectitur, quæ hereditatis vim atque utilitatem continent: quamobrem non eſt abſurdum dicere, hereditatem rebus cenſeri ex iisque recipere diviſionem, quam naturaliter non habet. Sicut ſervitutes, quia incorporales ſunt, individuæ judicantur; & nihilominus PAPINIANUS k) uſumfructum fundi ab initio vel in ſolidum, vel pro parte conſtitui adfirmat: ita hereditas, quatenus jus eſt, præter eam, quæ intellectu fit, aliam diviſionem haud admittit; quatenus vero res & corpora comprehendit, eatenus non

non magis, quam uſusfructus, diviſionem reſpuit; l) Actionem CELSUS m) deſcribit, *quod nihil aliud ſit, quam jus, quod ſibi debeatur judicio perſequendi:* interdum actio judicium vocatur; ſic CAJUS n) actionem familiæ herciſcundæ & judicium & actionem dicit & ULPIANUS o) familiæ herciſcundæ judicium agi exponit: unde adparet familiæ herciſcundæ judicium & actionem, eundem ſignificatum, ceu in remediis diviſoriis uſu inprimis venire ſolet, admittere.

a) in etymolog.
b) in exercit. Plinian.
c) de verbor. ſignific. verbo: herciſcundæ familiæ.
d) vocabulo: familia.
e) in lege 195. D. de verbor. ſignif.
f) in lege 1.
g) in lege 1. D. familiæ hercif.
h) in lege 24. D. de verbor. ſignif.
i) in lege 1. §. 1. D. de rer. diviſ.
k) in lege 5. D. de uſufructu.
l) vid. §. 4. J. de officio judicis, lex 8. in fine D. de rei vindic. lex 7. D. ſi pars heredit. petatur.
m) in lege 51. D. de obligat. & action.
n) in lege 1. D. famil. hercif.
o) in lege 16. §. 4. & lege 55. D. cit. tit.

§. III.

Familiæ herciſcundæ actio inſtituitur inter coheredes a communione rerum hereditariarum diſceſſuros, tam, ut res hereditariæ dividantur, quam ut præſtationes perſonales adæquentur. Inter judicia duplicia hæc actio numeratur; quia par utriusque litigantis in hac actione conditio eſt a) cujusmodi judicia JUSTINIANUS b) duplicia nominat; quum ſingulæ perſonæ duplici jure fruantur, tum agentis, tum ejus quocum agitur c): ſeu in familiæ herciſcundæ judicio unumquemque heredem & rei & actoris partes ſuſtinere ULPIANUS d) pronunciat. Quia tamen ordo in judiciis ſervandus poſtulat, ut alter litigantium actor, alter reus ſit; in hoc etiam judicio actor eſt, qui prius ad judicium provocavit: ſi uterque uno temporis momento provocaverit, ſorte res dirimitur. Mixtam eſſe hanc actionem ULPIANUS e) ait &

Digitized by Google

JVSTINIANVS f) claris his verbis teſtatur: *quædam actiones mixtam cauſſam obtinere videntur, tam in rem, quam in perſonam, qualis eſt familiæ herciſcundæ actio:* in rem eſt hæc actio, quia jure in re nititur atque is, qui eadem actione experitur, hereditatem pro parte ſuam eſſe contendit; ſed & eſt hæc actio in perſonam. Dubitaret quis forſitan an hæc actio perſonalis ſimul eſſe poſſet; quum ſine conſenſu obligatio haud contrahi, adeoque nec actio in perſonam enaſci videretur. Verum enim vero coheredes non ex conventione in communionem venire, ſed in eam caſu incidere; proindeque obligationem re, ſine conventione heic induci opinamur: nam etſi de communione nullum inter coheredes, deficiente conſenſu, negotium intervenerit; ſi tamen communio in cauſſa ſit, ut aliquis ex ea damnum ſibi attrahat, lucrum aliquis percipiat, obligatio quaſi ex contractu inter coheredes inde enaſcitur non ſecus, ac ſi contractus interveniſſet. Ita nimirum JVSTINIANVS g) loquitur: *item, ſi inter aliquos communis res ſit, ſine ſocietate, veluti, quod pariter eis legata donatave eſſet, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod ſolus fructus ex ea re perceperit, aut, quod ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit; non intelligitur ex contractu proprie obligatus eſſe: quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed, quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu teneri videtur: idem juris eſt de eo, qui coheredi familiæ herciſcundæ judicio ex his cauſſis obligatus eſt.* Univerſalis eſt hæc actio, quia res univerſæ ex hereditate dividendæ petuntur: & ratione qualitatis JVSTINIANVS h) eam ad bonæ fidei actiones refert. i)

a) Vid. lex 13. D. de judiciis.
b) in §. 7. J. de interdictis.
c) Vid. lex 10. D. finium regund.
d) in lege 2. §. 3. D. famil. hercis.
e) in lege 22. §. 4. D. tit. tit.
f) in §. 20. J. de action.
g) in §. 3. & 4. J. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſcuntur.
h) in §. 28. J. de action.
i) LAVTERBACH. *in coll. theor. pract. lib. X. tit. 2. §. 3.*

§. IV.

§. IV.

Locum dari judicio huic inter coheredes, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, ſive ex lege XII. tabularum, ſive ex alia lege, vel ex ſenatusconſulto, vel conſtitutione Principis hereditas deferatur, VLPIANVS a) commemorat. Quum moribus Germanorum pacto etiam hereditas deferatur, heredi, hac actione acturo, pacto hereditario, legitimo modo inito, fulcire ſe omnino licet. Eorum autem generatim hereditatem per familiæ herciſcundæ actionem dividi idem JCtus b) ſcribit, quorum hereditas peti poteſt: ſed eam delatam & adquiſitam eſſe oportet, id quod VLPIANI c) hæc verba probant: *nam, ut familiæ herciſcundæ judicio agere quis poſſit, non tantum heredem eſſe oportet, verum ex ea cauſſa agere, quam geſſit, quodque admiſit, poſtea quam heres effectus: cæterum ceſſat familiæ herciſcundæ actio.* Per heredem omnis ſucceſſor univerſalis, heres civilis, bonorum poſſeſſor, fideicommiſſarius univerſalis, cui quarta ex reſcripto Divi Pii debetur aliusque ſimilis ſucceſſor intelligitur d). Diſtinguitur tantum inter heredem civilem, ceu proprie ſic dictum, & inter alios jam jam nominatos ſucceſſores univerſales, quod illi directa, his utilis familiæ herciſcundæ actio a juris romani prudentibus tribuatur. Inter emtorem itaque hereditatis, qui partem emit, & venditoris coheredes utilis hæc actio obtinebit; tum, quia emtorem hereditatis vicem heredis ſubire; tum, quia utilem hereditatis petitionem ei, & in eum competere VLPIANO e) placet: immo generatim receptum eſt, utiles actiones illis caſibus emtori hereditatis dari, quibus directæ venditori dantur f): ſed utili actione agens eadem emolumenta nanciſcitur, quæ directam exercens conſequitur.

a) *in lege 2. D. famil. herciſ.*
b) *in jam cit. lege*
c) *in lege 4. D. cit. tit.*
d) *Vid.* LAVTERBACH *in coll. theor. pract. lib. X. tit. 2. §. 10.*
e) *in lege 2. §. 18. & lege 13. §. 4. 8. & 9. D. de hered. vel act. vend.*
f) *Vid. lex 6. D. de pactis & lex 5. C. de hered. vel actione vend.*

§. V.

§. V.

Conſiſtit igitur hæc actio inter coheredes, vel eos, qui coheredum loco habentur, vel eos repræſentant, deſiderantes a rerum communione recedere: quippe hujus generis communio inter has perſonas invenitur; in quo familiæ herciſcundæ judicium ab hereditatis petitione, inter verum & falſum heredem agitanda, differt. Quodſi reus actorem coheredem eſſe neget, inveſtigandum erit, utrum actor hereditatem poſſideat, de cujus diviſione litem movet, nec ne: nam, ſi in poſſeſſione ſit, inficiatio rei de qualitate actoris jureque hereditario ei competente nihil impedit, quo minus familiæ herciſcundæ judex cognoſcat dijudicetve, num heres ſit, quem adverſarius talem eſſe negat; ut eo caſu actor ſic per præjudicium ad movendam primo hereditatis petitionem remittendus non ſit. Si actor poſſeſſione careat, magis eſt, ut ab hoc familiæ herciſcundæ judicio interim exceptione præjudiciali depulſus, ſuum prius adſerere jus hereditarium per hereditatis petitionem, heresque judicis ſententia declaratus, hereditatis diviſionem actione familiæ herciſcundæ poſtea petere a CAJO a) jubeatur. Actor vero eo ipſo, quo aliquem hac actione ad diviſionem vocat, ſibi coheredem eſſe fatetur b). Antonius quidem FABER c) quocum ſentit HVBERVS d), diſtinctionem inter fateri & ſupponere facit, quod familiæ herciſcundæ agens, non tam fateretur, quam potius ſupponeret, adverſarium ſibi eſſe coheredem; quum errans non fateretur, niſi jus ignoraverit e): quia tamen erronea confeſſio judicialis interim pro veritate habenda eſt, donec error detectus & judici probatus atque ex capite juſti erroris reſtitutio in integrum impetrata fuerit f), actor certe, durante hac familiæ herciſcundæ actione, non poteſt non confiteri, reum, quem in judicium vocavit, ſibi coheredem eſſe, licet poſtea contra erroneam confeſſionem ſubveniendum ei videatur. Contrarium Scævola g) tueri videtur, inquiens: *qui familiæ herciſcundæ judicio agit, non confitetur adverſarium ſibi eſſe coheredem:* aſt enim vero Græci h) particulam negantem non agnoſcunt & adfirmativam hinc

magis

magis ſententiam adprobant, quod nempe hac actione agens, adverſarium ſibi eſſe coheredem fateretur. Alii Scævolam de reo ad diviſionem provocato loqui cenſent, qui actori reſpondens ejus intentionem non confiteri videretur: inveniretur quidem verbum: *agit:* in Scævolæ effato; quum tamen duplex hoc judicium eſſet, in quo uterque eſſet actor & reus, nihil vetaret, quo minus & reum agere diceretur i).

a) *in lege 1. D. famil. herciſ.*
b) *argum. legis 1. cit.*
c) *in rational. ad leg. 37. D. famil. herciſ.*
d) *in prælect. ad pand. lib. X. tit. 2. §. 3.*
e) *Vid. lex 2. D. de confeſſis*
f) *Vid. lex 2. D. de in integrum reſtit.*
g) *in lege 37. D. famil. herciſ.*
h) *in baſil. lib. XLII. tit. 3. lege 37.*
i) *Vid.* HVBER *in prælect. ad pand. cit. loco.*

§. VI.

Qui hoc judicio experiuntur, utrum hereditatem poſſideant, nec ne, nihil refert; quum in hoc judicio non factum, ſed jus ſpectetur, quod quisque habet, neque ex poſſeſſione ſed magis ex jure dominii, per hereditatis aditionem adquiſito, hoc judicium oriatur a). Non intereſt quoque, utrum unus, vel pauciores ex coheredibus hereditatem dividi, an omnes vel plures urgeant: quippe VLPIANVS b) & in hoc caſu familiæ herciſcundæ judicium accipi ſinit. Sed in eo caſu, quo inter pauciores ex pluribus coheredibus hoc judicium ſubſtitit, reliqui non impediuntur, quo minus ipſi poſtea, vel petitione hereditatis a poſſeſſoribus, in quos res hereditariæ alienatæ, eas recuperent c): vel familiæ herciſcundæ actione adverſus eos, inter quos prius actum fuerat, experiantur, ut de novo hereditatis totius diviſio peragatur; quum unus quisque eorum, quibus ex prima inter pauciores inſtituta diviſione res obvenerunt, pro indiviſo reliquorum, nunc demum agentium, portionem poſſideat d); atque hoc ſenſu forſitan VLPIANVS e) intelligendus eſt, qui ait, cauſſa cognita etiam amplius, quam ſemel, familiæ herciſcundæ judicio agi poſſe. Ne vero per coheredum quo-

rundam etiam abſentiam diuturniorem res hereditariæ, cum heredum præſentium damno, communes maneant, utilitati præſentium heredum in eo conſultum eſt, ut præſentes, aliquos, abſentium vices in diviſione hereditatis ſubituros, auctoritate publica ſubſtitui petant, ut univerſale inter omnes coheredes, tam præſentes, quam abſentes, repræſentatos a ſubſtitutis publicis, judicium familiæ herciſcundæ, non ultra deinde per abſentes repetendum, ad finem perducatur. Quodſi unus ex pluribus coheredibus mortem obierit, heredibus quoque ejus de hereditate defuncto quæſita contra reliquos defuncti coheredes hoc judicio experiundi poteſtas eſt: ita tamen, ut omnes heredes ſimul, velut unum defunctum repræſentantes, agere, aut unum ſimul procuratorem conſtituere teneantur; quum in partes hoc judicium ſcindi non poſſe PAVLVS f) pronunciet.

a) *Vid. lex §. 1. D. lex 25. §. 2. D. famil. herciſ.*
b) *in lege 2. §. 4. hoc tit.*
c) *Vid. lex 44. §. 2. D. cit. tit.*
d) *Vid. lex 17. C. famil. herciſ.*
e) *in lege 20. §. 4. D. famil. herciſ.*
f) *in lege 48. D. famil. herciſ.*

§. VII.

Quidam vero ad diviſionem provocare nequeunt, inter quos primo loco heredes ſub conditione inſtitutos nominamus: quum enim, conditione pendente, hereditatem adire haud poſſint a) & inter eos, qui heredes ſunt, hoc tantum judicium detur, conſequitur, ut illi, rerum, quarum domini nondum facti ſunt, diviſionem fruſtra petant. Sed ſi contingat, ut a teſtatore in uno teſtamento alii pure, alii ſub conditione inſtituti fuerint, an qui pure in partem vocati, poſſint interim urgere diviſionem non adeo liquet: videtur tamen iis, quibus pure delata hereditas fuit, medio tempore hoc familiæ herciſcundæ judicium concedendum, ſalvo eorum nihilominus jure, qui ſub conditione heredes ſunt, ſi conditio poſtea exiſtat: quum enim tunc ſi omnes pure inſtituti, inter pauciores ex pluribus actionem hanc exerceri

VLPIA-

Digitized by Google

VLPIANVS b) permittat, intacto reliquis ſuo agendi jure; ratio non eſt, cur non idem in hoc caſu permiſſum cenſeatur; præſertim, ſi conſideremus, quæ VENVLEJVS c) profert, quod heres pure ſcriptus, cui coheres ſub conditione adjectus, interim actiones hereditarias exercere ſolus queat; perinde, ac ſi ſolus heres ſit: ita tamen, ut vel cum coherede, poſt conditionis eventum, victoriæ commodum communicare teneatur, vel ipſi coheredi libera deinde facultas pro ſua parte agendi eſſe debeat. Diviſionem neque ipſi pupilli, minores, prodigi mente capti aliique ſimiles neque tutores & curatores eorum petunt; quippe qui provocationem coheredum ſuorum majorennium, quibus a communione recedere lubet, expectare debent, quo caſu provocati tutores & curatores recte hoc judicium ſuſcipiunt atque ad diviſionem rerum tam mobilium, quam immobilium, procedunt, non impetrato etiam decreto. Etſi enim ad alienationum ſpecies rerum communium diviſio referatur, ac rerum, ad eos pertinentium, immobilium qui ſub tutela vel cura ſunt, alienationem ſine magiſtratus decreto fieri Imperatores DIOCLET. & MAXIM. d) prohibeant; ad diviſionem tamen provocante minoris ſocio majore, alienationem & ſine decreto fieri jam pridem obtinuiſſe iidem Imperatores e) tradunt: nam fruſtra hoc caſu decretum poſtularetur, quo nunquam id denegari poſſet; quum invitus in ſocietate perſiſtere nemo compellatur f). At enim vero accidit, ut tutores & curatores pupillorum aliorumque, qui alieno arbitrio reguntur, ſponte ſua ad diviſionem provocent, ſi nempe clare demonſtretur, illis communionem haud prodeſſe; dum forte coheredes majorennes aut negligentes, aut moleſti ſint: ſed tunc a magiſtratu tutores curatoresve dividendi libertatem impetrent neceſſe eſt g). Quodſi inter ſolos pupillos minoresve hereditas communis ſit; inter eos ex decreto, cauſſa cognita, interpoſito atque interveniente tutorum aut curatorum auctoritate diviſionem fieri etiam tunc recte poſſe, ſi evidens utilitas doceatur, arbitramur. Quid? quod, ſi etiam ſine decreto, ſola tutorum auctoritate, bona fide inter pu-

 pillos

pillos diviſio patrimonii inter[illegible]fferit & æqualitatem tamen in omnibus ſervatam eſſe inter omnes conſtaret; adeoque nullus ea diviſione minus ſua portione accepiſſet, nulli coheredum familiæ herciſcundæ actionem ulterius concedendam eſſe PAVLVS h) reſpondet

a) Vid. lex 13. D. de adquir. vel amitt. hered.
b) in lege 2. §. 4. D. famil. herciſ.
c) in lege 7. D. cit. tit.
d) in lege 17. C. de prædiis & aliis rebus minorum ſine decreto non alienandis
e) in lege cit.
f) Vid. lex 5. C. communi divid.
g) argumento legis 14. D. pro ſocio
h) in lege 38. D. famil. herciſ.

§. VIII.

Tendit hoc familiæ herciſcundæ judicium non ſolum ad id, ut res hereditariæ, antea communes, inter ſingulos coheredes dividantur, ſed etiam, ut ſi quod lucri damnive ad aliquem coheredum ex communione pervenerit, præſtetur, id quod VLPIANVS a) ſic exprimit: *familiæ herciſcundæ judicium ex duobus conſtat, id eſt rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.* Ipſa vero rerum diviſio legitimo modo fieri debet, in qua rite perficienda requiritur, ut inveſtigetur quæ res in diviſionem venire poſſint; ſunt enim hæ diverſæ indolis: interdum jam a defuncto diviſæ ſunt: quaſdam inter heredes dividi, judicis, ceu boni & innocentis viri, officium non patitur: quædam, quæ in hereditate inveniuntur non communes, ſed heredi cuidam propriæ ſunt. Proinde opus inprimis eſt, ut inventarium conficiatur, ſeparatio bonorum, quæ ad hereditatem non pertinent, fiat; hacque facta ratio habeatur præſtationum perſonalium: collatio porro conferendorum inter liberos inſtituatur: hereditas ipſa ſic componatur, his omnibus peractis diviſio tandem rerum ſuſcipiatur b): atque hæc quæ jam jam recenſuimus themaque noſtrum, illuſtrant, pertractanda ſuſcipimus. Quod igitur attinet ad diviſionem rerum, quæ a defuncto parente facta eſt, hæc omnium firmiſſima dicitur, quæ nec ob enormem læſionem reſcindi poteſt, niſi quorundam liberorum legitimam

mam portionem læſam eſſe adpareat: *quoties enim*, Imperator GORDIANVS c) reſcribit, *inter omnes heredes teſtator ſucceſſionem ſuam dividit, ac ſingulos certis poſſeſſionibus cum mancipiis, quæ in eisdem ſunt conſtituta, jubet eſſe contentos, voluntati ejus, ſalva legis falcidiæ auctoritate, obtemperandum eſſe manifeſtum eſt.* Anceps tamen & dubiis variis obnoxia eſt quæſtio, an, ſi pater liberis res ſuas per diviſionem adſignaverit atque uni ex liberis quædam ex rebus adſignatis evincatur, reliqui ad evictionis præſtationem obligentur? non pauci negant locum hoc in caſu dandum eſſe evictioni, hoc innixi reſponſo PAPINIANI d): *evictis prædiis, quæ pater, qui ſe dominum eſſe crediderit, verbis fideicommiſſi filio reliquit, nulla cum fratribus & coheredibus actio erit: ſi tamen inter filios diviſionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus prælegatas reſtituere: niſi parati fuerint & ipſi patris judicium fratri conſervari.* STRYKIVS e), cujus ſententiam nos amplectimur, diſtinguit, utrum res quædam ſaltim alicui ex liberis fideicommiſſo ſeu prælegato a patre relicta fuerit; atque hac evicta non dari actionem contra heredes arbitratur; quum legati evictionem legatarius ab herede exigere regulariter non poſſet, tantumque teſtator prælegaſſe cenſeretur, quantum juris habuerit: an pater inter omnes liberos diviſionem fecerit; hoc caſu diviſione paterna noceri liberis amor erga omnes liberos æqualis & ſingularis non pateretur: hinc ſi uni res evinceretur, judex in familiæ herciſcundæ judicio nequaquam permitteret, ut reliqui coheredes ſuas res caperent, niſi, juxta voluntatem patris, & alter frater rem ſibi adſignatam acceperit ac retinere potuerit: atque hanc ſententiam PAPINIANI excitato jam reſponſo STRYKIVS confirmat. Ulterius probe conſiderandum quoque eſſe hic JCtus inclytus obſervat, utrum pater verbis perſpicuis declaraverit, ut unusquisque liberorum portionem ſibi, in diviſione tributam, cum periculo & commodo acciperet, an vero mentem ſuam hoc modo non declaraverit: poſteriori caſu æqualitatis favor inter liberos iterum poſtularet, ut evictionis præſtatio fieret: priori caſu liberi in voluntate patris declarata ad-

Digitized by Google

adquieſcere deberent; quum patri liberorum portionem, uſque ad legitimam, imminuere liceret. Demum & hos caſus JCtus hic virtutis gloria excellentiſſimus ſeparandos eſſe exiſtimat; utrum pater in liberos, an teſtator inter heredes extraneos res ſuas teſtamento diviſerit: de illo caſu PAPINIANVS f) interrogatus reſpondiſſet: alia ratio in caſu poſteriori eſſet, ubi æqualitatis favor inter extraneos ceſſaret; hinc teſtatoris ſcientis rem uni adſignatam non propriam, ſed alienam eſſe, diviſioni ſtandum eſſe recte ſtatuit. Quemadmodum ergo teſtator ipſe res ſuas inter heredes dividere poteſt, etſi interdum inæquali modo dividat; ita juris noſtri ratio non refragatur, quo minus moriens teſtamento hereditatis ſuæ inter coheredes diviſionem extraneo quoque, ſeu ei, qui heres non eſt, demandet heredesque ea contentos eſſe diviſione jubeat, dummodo neque legitima cujusquam ab illo diſtribuente arbitro lædatur g), neque manifeſta, ſeu enormis arbitri illius, ex gratia vel odio profecta, iniquitas in aperto ſit h).

a) in lege 12. §. 4. D. famil. hercíſ.
b) Vid. BOEHMER *in introduct. in jus digeſt. lib. X. tit. 2. §. 5. ſeqq.*
c) in lege 10. C. famil. hercíſ.
d) in lege 77. §. 8. D. de legat. 2.
e) in uſu pand. mod. lib. X. tit. 2. §. 9.
f) in lege 77. §. 8. D. de legat. 2.
g) argum. legis 10. C. famil. hercíſ.
h) argum. legis 78. & 79. D. pro ſocio.

§. IX.

Quin diviſio rerum hereditariarum mutuo coheredum conſenſu perfici queat non dubitamus; atque ea eo modo inſtituitur, qui utilis coheredibus videtur & jure conſuetudineque adprobatus eſt: ſive illis arrideat, ut, diſtributione rerum facta, coheredes per ſortem determinent, cui unaquæque portio obvenire debeat: ſive per factam rerum hereditariarum æſtimationem mutuamque licitationem rem unamquamque ei tribuere malint, qui licitando cæteros vicit: ſive id agatur, ut penes unum omne jus hereditarium maneat & is reliquis certam nummorum quantitatem pendat,

dat. Mos antiquus eſt quoque in hereditatum diviſionibus, ut major natu dividat, minor eligat: morem hunc in univerſa Germania quondam in hereditatum diviſionibus obſervatum fuiſſe ex ſpeculo ſaxonico & ſuevico patet: nam jus ſaxonicum a) hanc regulam ſuppeditat: wo zween Mann ein Erbe nehmen ſollen, da ſoll der älteſte theilen, und der jüngſte ſoll kieſen: quam jus provinciale Suevicum b) repetit: wo zween, oder mehr denn zween ein Guth theilen, da ſoll der älteſte theilen und der jüngſte wehlen: atque hæc capita, juris ſaxonici & ſuevici, quibus juribus ſeculo XIII. & ſeculo XIV. Germania regebatur, docent, tunc temporis Germaniam totam hoc jure uſam fuiſſe: poſtquam vero jus romanum in Germaniam intravit, hujus juris periti juris romani placita magis quam germanici ſecuti ſunt idque operam dederunt, ut jus romanum auctoritate ſua jus germanicum vinceret; indeque id demum effectum, ut in quibusdam regionibus jus ſaxonicum & ſuevicum abrogatum fuerit, atque in his provinciis morem eum antiquum hereditarias res dividendi evanuiſſe certum eſt; in illis autem, quæ juris antiqui tenaciores fuerunt, hunc morem conſervatum fuiſſe præſumitur. In Saxonia certe electorali & ducali hic mos uſu conſtantiſſimo cuſtoditus fuit; aliæ quoque provinciæ & civitates lege vel conſuetudine eundem morem ſtabiliverunt, quas HENRICVS GISEBERTVS c) & NICOLAVS BETSIVS d) recenſent. Inter quot dividentes hic mos, ubi viget, obtineat, interpretes juris ſaxonici haud conveniunt: duorum ſaltim mentionem ſaxonicum jus provinciale e) facit, atque intra hunc numerum obſervantiam ſubſiſtere CARPZOVIVS f) exiſtimat: in jure ſuevico g) plures, quam duo, exprimuntur; nonnulli etiam juris prudentes MOLLERVS h) nempe aliique plures admittunt; quorum ſententiam in jure germanico ſatis fundatam eſſe BEYERVS i) demonſtrat: quemadmodum enim numerus pluralis duorum expreſſione abſolveretur & ratio tamen, ob quam plures heic excluderentur, deficeret; ita frequens in jure ſaxonico & ſuevico duorum mentio injiceretur, quam

ad

ad tres pluresve non poſſe proferri nemo dixerit: interea adnotat ſupponi diviſionem minimum inter duos fieri: nam unus non divideret, ſed exaſſe heres eſſet. Veretur tamen BERLICHIVS k) ne conſtitutio electoralis ſaxonica XV. parte III. jus eligendi ad duos reſtringeret: ſed BEYERVS l) verba ea: wo zween Mann: wenn auch ein Mann und Weibs-Perſon: quæ in conſtitutione leguntur, relativa. ex jure ſaxonico depromta eſſe & plures non excludere, nihilque, quod eligendi facultatem inter tres pluresve tolleret, quam obſervantia, quæ a viris in foro verſantibus allegaretur, ſtatuit. Quod ſexum concernit, jus ſaxonicum de maſculis loquitur, jus allemanicum ſolum numerum exprimit: inter ſolas fœminas idem obtinere, quod inter maſculos, RAVCHBAR m) oſtendit: aſt, ſi fœmina cum maſculo concurrat, quidam fœminæ ſine diſcrimine; utrum major, an minor, ſit, diviſionem, maſculo electionem tribuunt: quidam a fœmina cum maſculo concurrente, dum demum ſi ea natu major ſit, diviſionem peragi n) autumant: deciſio hujus rei a moribus vel legibus regionum dependet: in Saxonia dividere fœmina ſine differentia ætatis, maſculus eligere ſolet. An vero hic mos ad fratres, ſorores & conſanguineos ſit tantum reſtringendus, an etiam ad heredes extraneos teſtamentarios extendendus quæſtio nova oritur? conſanguineos ſeu heredes ab inteſtato CARPZOVIVS o) ſaltim admittere videtur. Verum, quia jure ſaxonico generatim de hoc dividendi modo cavetur, qui toties adhibetur, quoties judicium familiæ herciſcundæ inſtituitur, is ad heredes teſtamentarios quoque jure meritoque proferendus erit. Neque hanc ſententiam infirmat, quod Germani olim teſtamenta ignoraverint: nam poſteaquam cum jure romano in Germania teſtamenta recepta fuerunt, jura heredum teſtamentariorum eadem, quæ legitimorum eſſe cenſentur, niſi reſtrictio in aliquo articulo facta probari poteſt, qualis in hoc caſu deficit p). Ad heredes jus optandi non transmittitur: ſed hi proprio jure utuntur & tempus inſtitutæ diviſionis reſpicitur: ita majore mortuo ejus liberi non dividunt, ſed eligunt; mi-

nore

nore defuncto, heredes ejus ſuo jure eligunt. De rebus in quibus hoc optionis jus obrineat BEYERVS q) animadvertit, quod obſervantia non, niſi in familiæ herciſcundæ judicio id admitteret; res tamen expeditorias das Weichbild r) & utenſiles gloſſa latina im Landrecht ſ) etiam huc refert. Alia quæſtio profertur, an jus eligendi in feudis iisque regalibus locum inveniat? locum id jus invenire CARPZOV t) COLERVS u) TABOR x) aliique plures JCti adſerunt: negant vero SCHRADER y) ROSENTHAL z) aliive. BEYERVS aa) hac de re dubia ita ſentit: in feudis minoribus in Saxonia uſum hunc morem dividendi confirmare: in feudis ſaxonicis majoribus dividendis interdum etiam jus optandi minori fratri relictum fuiſſe, adnotat atque exempla quædam hujus in Saxonia ſervati moris; inprimis anno M CCCC LXXXV. Lipſiæ inter Erneſtum Electorem & Albertum fratrem, diſpertitis provinciis, Alberto minori optionem conceſſam, Electorem Erneſtum vero, tanquam ſeniorem, æquum utrinque ſtatuiſſe, commemorat: ſed poſtea iſtum morem provincias ſaxonicas dividendi amplius uſurpatum non fuiſſe tradit; quem morem dividendi ad feuda regalia vix commode etiam adcommodari poſſe arbitratur; quum feuda familiarum conſervandarum cauſſa darentur; atque hinc ſenior, velut familiæ caput, juniori non poſtponendus eſſet; ſenior præterea majori prudentia, experientia animique moderatione, quam natu minor, pollere cenſeretur, ipſiusque ſic Domini feudi, immo ſalutis publicæ intereſſet, ne ſenior juniori poſtponeretur: indeque infert ratione provinciarum & principatuum & eorum, quæ publici juris, hoc jus optionis vix obtinere inter Illuſtres; ratione allodialium mobilium vel immobilium, quæ privati juris eſſent, hoc jure, ubi uſu ſervaretur, Illuſtres uti. Quæritur ulterius, an pater iis in locis, in quibus jus eligendi minori competit, teſtamento minorem hoc jure privare & ipſe dividere res ſuas poſſit? negat MODESTINVS PISTORIS bb) cum aliis quod diſpoſitio hominis adimere ea non poſſet, quæ legibus & ſtatutis alicui tribuerentur: adfirmant HORNIVS cc) & BEYERVS dd) cum

C aliis

Digitized by Google

aliis quod patri, ſi modo legitimam reliquerit, inæquali modo res ſuas inter liberos dividere liceret; neque ſequeretur, quia lege vel ſtatuto electio deberetur, eam propterea adimi non poſſe; quandoquidem proviſio hominis, proviſionem legis tolleret; quumque jus teſtamentorum ſemel in Germania eſſet receptum ac diviſiones parentum inter liberos frequentarentur, eædem in hoc caſu quoque patri auferri non poſſent.

a) lib. III. art. 29.
b) Schwäbiſch Land-Recht *cap. 266. §. 2.*
c) in peric. ſtatut. harmon. pract. II. art. 37.
d) de ſtatut. pactis & conſuetud. famil. illuſtr. cap. 4.
e) lib. III. art. 29.
f) part. III. conſtit. 15. def. 11.
g) cap. 266. §. 2.
h) in ſemeſtr. lib. II. cap. 27.
i) in diſſ. in qua proverbium juridicum, major dividit, minor eligit, examinatur cap. 2.
k) part. III. concluſ. 21. n. 25.
l) cit. loco.
m) part. 1 quaeſt. 41.
n) vid. VENEDIGER *in addit. ad Reygeri theſaur.*
o) part. III. conſtit. 15. def. 5.
p) vid. BEYER *cap. 2. §. 8.*
q) cap. 3. §. 2.
r) art. 25.
s) lib. III. art. 29. lit. B.
t) part. III. conſtit. 15. def. 8.
u) part. I. decis. 54.
x) in addit. ad colleg. juris argentor. tit. famil. herciſ. theſ. 23.
y) de feud. part. VII. cap. 5.
z) in Synopſi jur. feud. cap. 1. concluſ. 29
aa) cap. 3. §. 4.
bb) lib. 1. quaeſt. 16.
cc) in conſil. claſſ. VII. reſp. 23.
dd) cap. 4. §. 2.

§. X.

Quando familiæ herciſcundæ judicio res hereditariæ communes inter coheredes dividendæ ſunt: *præter nomina cætera res in hoc judicium veniunt: mala medicamenta & venena veniunt*

veniunt quidem in hoc judicium, ſed judex interponere ſe in his non debet, boni enim & innocentis viri officio eum fungi oportet: tantundem facere debebit in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his ſimilibus: hæc enim protinus corrumpenda ſunt: ſed & ſi quid ex peculatu vel ex ſacrilegio adquiſitum erit, vel vi, aut latrocinio hoc non dividetur, VLPIANVS a) ait. Ex his Ulpiani verbis cognoſcimus, quod mala medicamenta & venena ſint hereditatis veniantque in hoc judicium, ſed judex in his ſe interponere haud debeat magisque eum oporteat officio fungi boni viri, ſoliti res humanas juvare non perdere, ac nunquam peccandi cauſſam malis moribus præſtare. Proinde heredes conqueri non poſſunt, quod ipſis id, quod hereditatis eſt, non tribuatur: quippe etſi nihil æque conveniens officio judicis, ſeu boni & juſti viri ſit, quam id, quod ſuum cuique eſt, tribuere; non tamen ſemper neque indiſtincte id facere poteſt; ſed dum exigentis utilitas, aut ratio ſocietatis civilis poſtulat: magis enim ratio utilitatis publicæ, quam privatæ ratio habetur: ſed ratio utilitatis publicæ exigit, ut peccandi omnis cauſſa tollatur venenaque & mala medicamenta, quæ malis hominibus, pronis ad ſcelera admittenda, ſtimulos venenis nocendi addere poſſunt, corrumpantur. Eadem quoque eſt Ulpiani ſententia de libris improbatæ lectionis, magicis forte vel ſimilibus. Quando Romæ mos improbandi libros, atque improbatos corrumpendi, ortus fuerit relatum legimus apud SENECAM b): & de magicis libris, quod Ulpianus ſcripſit, PAVLVS c) confirmavit. Cæterum hunc morem libros damnatos corrumpendi & igni mancipandi ad hæreticorum libros productum etiam fuiſſe SCHVLTINGIVS d) cenſet: Imperatores ARCADIVS & HONORIVS e) certe hæreticorum libros comburendos eſſe ſtatuerunt. Quæ ex peculatu ſacrilegio, vi, latrocinio aut alio ſcelere adquiſita ſunt haud dividi VLPIANUS f) ait; in hereditatis petitione tamen: *ſi poſſeſſor hereditatis ex hereditate inhoneſtos quæſtus*, ex delicto nempe, *habuerit, eos etiam eum cogi reſtituere, ne honeſta interpretatio non honeſto quæſtui lucrum poſſeſſori faceret,* HERMOGENIANVS g) exponit:

 inde

inde adparet talia lucra in hereditatis petitionem venire & poſſeſſorem inhoneſtos fructus ex hereditate perceptos etiam reſtituere cogi. Ratio differentiæ hæc eſſe videtur; quod in hereditatis petitionis judicio, qui inhoneſta lucra fecit, id egerit, ut ea retineret, qua in re non ei indulgendum eſt; ſed, quidquid, tanquam heres, adquiſivit, reſtituere tenetur: at enim vero in hoc familiæ herciſcundæ judicio turpia lucra judicis officio dividenda forent, quod publicæ diſciplinæ vigor non patitur. Lucra vero hæc ſi nummorum corpora inde confecta adhuc in hereditate reperiantur, illis, qui ſcelere tali læſi, reſtituenda ſunt h); ſed, ſi tales pecuniæ in ſubſtantiam bonorum redactæ, aliquando ad defunctum perveniſſe probari poſſunt; non eſt in hac actione judicis officium, ut illas ex bonis iterum exigat & ſegreget, ſed potius ad fiſci procuratoris officium pertinet, ut fiſco tales res vindicet uti HVBERVS i) MODESTINI k) effato innixus, adſeverantis, ſcelere quod adquiſitum fiſcum ſibi vindicare, exiſtimat.

a) in lege 4. D. famil. herciſ.

b) in proœm. lib. V. controverſ.

c) in ſententiis receptis lib. V. tit. 23. §. 18. conf. SCHVLTINGIVS *in notis ad hunc locum.*

d) citato jam loco.

e) lib. XVI. tit. 5. lege 34. Cod. Theodoſ. conf. JACOB. GOTHOFRED. *in comment. in hanc legem.*

f) in lege 4. D. famil. herciſ.

g) in lege 52. D. de heredit. petit.

h) vid. LAVTERBACH. *in colleg. theor. pract. lib. X. tit. 2. §. 16.*

i) in prælect. ad pandect. lib. X. tit. 2. § 4.

k) in lege 9. D. de jure fiſci conf. BRVNNEMANN. *in comment. in leg. excit. & leg. 52. D. de hered. petit.*

§. XI.

Nomina in hoc judicium non veniunt; quia ipſo jure inter coheredes diviſa ſunt a), ita, ut pro rata hereditatis parte ſinguli debeant ſingulisque debeatur: inde deducitur, quod, ſi diviſa hereditate, unus coheredum pro ſua parte ſolvendo eſſe deſinat, id cæteros coheredes non gravet; quia

quia ſinguli nunquam in ſolidum, ſed ipſo jure tantum pro parte hereditaria devincti ſunt b). Quamvis vero ad officium judicis pertinere, CAJUS c) moneat, ut debita & credita ſingulis pro ſolido, aliis alia adjudicet; ſæpe enim & ſolutio & exactio partium non minima incommoda habet: ſi tamen de talis adjudicationis effectu quæratur, nec hoc in caſu unum ipſo jure in ſolidum obligari cæterosque liberari ex CAJI ejusdem d) litterarum monumentis edocemur: nam hæc *attributio non illud efficit, ut quis ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur; ſed ut; ſive agendum ſit, partim ſuo, partim procuratorio nomine agat; ſive cum eo agatur, partim ſuo, partim procuratorio nomine conveniatur: nam, licet libera poteſtas maneat creditoribus cum ſingulis experiundi; tamen & his libera poteſtas eſt, ſuo loco eos ſubſtituendi, in quos onera actionis officio judicis translata ſunt.* Quam ob rem, ſi forte creditor, vi attributionis iſtius, unum heredum in ſolidum convenerit atque is ſolvendo non ſit; id non impediet, quo minus reliquos deinde, pro ſua parte hereditaria, conveniat: non enim eo ipſo quo creditor unum heredum in ſolidum convenit, tacite pactus eſſe cenſetur, ne ultra a cæteris heredibus petat; quum non niſi uno in caſu pacti talis taciti præſumtionem jus romanum admittat, qui in Imperatorum SEVERI & ANTONINI e) reſcripto hoc continetur: *poſt venditionem hereditatis a te factam, ſi creditores contra emtores actiones ſuas moviſſe probare poteris eosque ſpontanea voluntate eas ſuſcepiſſe, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis:* ſed ad conſequentias caſusque diſſimiles hic caſus trahendus non eſt. Quodſi etiam non ex judicis adjudicatione, ſed mutua coheredum conventione vel teſtatoris diſpoſitione factum fuerit, ut ſinguli coheredes ſingula debita, alii alia exſolverent; nullum inde tamen creditoribus præjudicium infertur, quo minus heredes ſingulos, quos pactum vel teſtatoris voluntas liberaverat, proportione hereditaria conveniant; quum creditor alium debitorem admittere non cogatur & Imperatores DIODLET & MAXIM. g) *debitorum pactionibus creditorum petitionem nec tolli, nec mutari poſſe* ſanciverint.

 vid.

a) *Vid. lex* 2. §. 5. *& lex* 4. *pr. D. famil. hercif.*
b) *Vid. Gomez Variar. reſolut. tom. II. cap.* 10. *n.* 4.
c) *in lege* 3. *D. famil. hercif.*
d) *cit. loco*
e) *in lege* 2. *C. de pactis.*
f) *Vid. lex* 45. §. 2. *D. mandati.*
g) *in lege* 25. *C. de pactis.*

§. XII.

Quædam res diviſionem non recipiunt, quod dividi haud poſſe dicantur, ſicut ſunt obligationes individuæ a) inter quas numeratur obligatio ſervitutum realium; ſi enim ſibi viam teſtator ſtipulatus fuerit, per legem XII tabularum ſtipulationem eam inter heredes non admittere diviſionem PAVLVS b) putat; adeoque is qui teſtatori quum adhuc in vivis eſſet, ſervitutem conſtituit, in ſolidum ſingulis heredibus obligatur & heredes ſinguli in ſolidum agunt: idem, ſi vice verſa teſtator jam defunctus quondam ſervitutem alteri promiſerit, obtinebit. Refert huc PAVLVS c) ulterius quando pignus, vel pœna obligationi dividuæ adjecta: pignus enim adjectum eſt individuum &, niſi totum debitum ſolvatur, pro parte ſua heres unus liberari nequit. Quod ſi defunctus debuerit aliquid ſub pœna PAVLVS d) profert: *licet hæc obligatio per legem XII tabularum dividatur; quia tamen nihil prodeſt ad pœnam evitandam, partem ſuam ſolvere: ſive nondum ſoluta eſt pecunia, nec dies venit, proſpiciendum eſt per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia ſolveretur, aut, ut caveat, ſe ei, qui ſolidum ſolverit, partem præſtiturum: ſive etiam ſolvit unus univerſam pecuniam, quam defunctus promittit, ne pœna comitteretur, familiæ herciſcundæ judicio a coheredibus partes recipere poterit.* Scilicet, ſi defunctus aliquid ſub pœna debuerit, ſinguli heredes ſibi mutuo per ſtipulationem, ſi pœna ab uno coheredum in ſolidum petatur, ſuper indemnitate cavere tenentur: nam, licet debita & nomina ipſo jure inter coheredes ſint diviſa; adjectio tamen pœnæ facit, ut obligatio pœnalis ſit individua: igitur heredes per cautiones mutuas & promiſſiones ſecuros ſe ipſos reddunt, de præſtanda indemnitate, ſi unus

ex

Digitized by Google

ex contraventione alterius in ſolidum obligetur e). Atque hæ interpoſitæ cautiones efficiunt, ut, etſi hæc individua natura ſua non veniant in hoc judicium; certo reſpectu tamen & ſecundum quid veniant, ne factum unius heredis, ex quo contra omnes ſtipulatio individua commiſſa, ac facultas agendi nata eſt, alteri noceat f). Aliæ res incorporales ſeu jura, ſi coheredes in communione perſiſtere & emolumenta ex iis provenientia dividere ſingulis annis amplius inter ſe nolint: modo uni coheredum tribuuntur: modo alternatio introducitur, ut uſusfructus talis rei alternis annis ſingulis coheredibus adjudicetur; ſed tunc utilitati ſingulorum proſpicitur, quando certa utendi fruendi forma ſingulis præſcribitur, ne per uſum alternatum alter præ altero lucrum cum ipſius rei ſæpe deterioratione capiat: modo ſorte ejusmodi res uni adſignantur g). Tabulas teſtamenti VLPIANVS h) apud eum permanere, qui ex parte majore heres, aut in æde deponi monet: nam & Labeonem ſcribere, vendita hereditate, tabulas teſtamenti deſcriptas deponi oportere; heredem ex plurima parte cæteris coheredibus exemplum debere dare, tabulas vero avthenticas ipſum retinere, aut in æde deponi. Inſtrumenta alia authentica hereditaria, quoque ut ea apud illum maneant, qui ex majore parte heres, judex curet; cæteri deſcriptum & recognitum faciant, cautione interpoſita a poſſeſſore ut, quum res exegerit, authentica ab eo exhibeantur. Si omnes iisdem ex partibus heredes ſint, nec conveniant inter ſe, apud quem eſſe debeant, ſortiri eos oportet; aut omnium conſenſu eligendus eſt amicus, apud quem deponantur, vel in æde ſacra cuſtodiuntur i): ad licitationem rem deducere, ut inſtrumenta hereditaria eſſent apud eum, qui licitatione reliquos vicerit VLPIANO k) non placet.

a) *de rebus dividuis & individuis egregie* VINNIVS *agit in ſelectis juris quæſt. lib. I. cap. 28.*

b) *in lege 25. §. 9. D. famil. hercisc.*

c) *in lege cit. §. 12. 13. 14.*

d) *in lege cit. §. 13.*

e) *vid.* BRVNNEMANN *in comment. in §. 13. alleg.*

f) *vid.*

f) Vid. STRVV. *in ſyntag. juris civil. exercit. XV. aphor. 8. ibique* PETER MVLLER *in notis*

g) STRVV. *cit. loco*

h) *in lege 4. §. 3. D. famil. hercis.*

i) *Vid. lex 5. D. hoc tit.*

k) *in lege 6. D. cit. tit.*

§. XIII.

Ex rebus hereditariis quædam ſi non recipiat diviſionem, uni interdum adjudicatur: ſed tunc is qui rem ex adjudicatione tenet, viciſſim reliquis coheredibus pro rata in certam pecuniæ quantitatem condemnatur a). Eam interim adjudicationem illi fieri, qui ex majore parte heres eſt, neceſſitatem nullam judici jus noſtrum imponit; quum ita individuæ res hereditariæ omnes ſemper adſignandæ uni eſſent; quod hujus judicii tamen indoles non patitur. Interdum ſi diviſio rerum tam difficilis ſit, ut impoſſibilis eſſe videatur, poſſe tunc res ſingulas non ſolum, ſed etiam omnes res hereditarias judicem in unius coheredis perſonam adjudicatione conferre VLPIANVS c) docet. Licitatione vero quando inter coheredes hoc negotium expediendum, ad eum res tota pervenire ſolet, qui majus pretium licitando obtulit d). Aliquando fit, ut, quum res hereditaria quædam ſua natura commodam diviſionem etiam recipiat, nihilominus uni ſaltim ex pluribus coheredibus adjudicari debeat: nam, ſi defunctus forte rem cum extraneo pro indiviſo communem habuerit, partem eam, quæ defuncti fuit, arbiter familiæ herciſcundæ in ſolidum uni heredum adjudicare, non inter plures heredes pro rata partiri debet, ne tertius ille defuncti ſocius plures hoc ipſo ſocios acciperet, ex parte inter coheredes diviſa, atque ita judex difficultatem communionis augeret, vel novam aliam ſimul communionem induceret. Idem juris eſt, ſi defunctus, rei alicujus exaſſe dominus, partem ejus pro indiviſo legaverit, parte altera in hereditate manente; uti &, ſi heredum unus ſuam rei ſingularis partem, ante acceptum hoc judicium, extraneo diſtraxerit; quia & tunc, ſi pars, quæ in hereditate remanſit, inter plures divideretur, partis alterius emtor aut legatarius cum omnibus

bus defuncti heredibus in communionem incideret, atque hanc eſſe PAVLI e) mentem BRVNNEMANNVS f) exiſtimat.

a) Vid. §. 4. J. de officio judicis
b) in lege 55. D. famil. hercif.
c) cit. §. 8.
d) Vid. lex 1. C. communi divid.
e) in lege 25. §. 6. D. famil. hercif.
f) in comment. in hanc legem.

§. XIV.

Quæ in hereditate inveniuntur res, interdum non ſunt communes, ſed alteri coheredum propriæ, quæ deducendæ, antequam diviſio rerum hereditariarum communium ſuſcipitur. Deducuntur ergo bona ad conjugem ſuperſtitem pertinentia; uti & ea, quæ a priore conjuge profecta, jure dominii non ei adquiſita ſunt, de cujus hereditate dividenda quæſtio eſt, rebus tamen ejus mixta reperiuntur; aut pro indiviſo poſſeſſa, & quæ defunctus aliena tenuit uſusfructus uſusve jure; aut jure quidem dominii, velut propria, ſed tamen cum onere reſtituendi ex cauſſa fideicommiſſi. Neque in familiæ herciſcundæ judicium venire, quod pro cæde defuncti ab homicida uxor liberique conſecuti iam ſunt, aut exigere poſſunt VLPIANVS a) ſignificat: Ulpianus vero de caſu eo intelligendus eſt, quo teſtator, aut uxor liberique teſtatoris, homines liberi, dejectione vel effuſione, in loco, in quo vulgo iter fit, occiſi ſunt, quo nomine comparata eſt actio pœnalis de dejectis & effuſis b) quam actionem in hoc judicium non venire VLPIANVS c) reſpondet, quia populares actiones, qualis eſt de dejectis & effuſis ob liberum hominem occiſum, heredibus, qua talibus, non dantur; ideoque nec ad rerum hereditariarum diviſionem pertinent. Ante diviſionem deducenda etiam ſunt, quæ jure præcipui ad unum pervenire debent: ſic prælegata, quæ iis ſolis adjudicantur, quibus a teſtatore relicta ſunt, adeo, ut, ſi forte quibusdam coheredibus ſimul res una prælegata ſit, illis ſimul pro indiviſo adjudicari interim debeat, donec novo judicio communi dividundo viſum fuerit rei prælegatæ communionem di-

ri-

rimere d). Quod ſi feuda defunctus reliquerit, quum ad ſervitia domino præſtanda tantum habiles & qui familiam, nomen, inſignia ſplendoremque gentis conſervant, in feudis ſuccedant, quales ſunt maſculi, atque hinc fœminæ a ſucceſſione feudorum excludantur, niſi ex pacto ad earum utilitatem promovendam inito, ad ſucceſſionem quoque admittantur; feuda tunc jure meritoque ab aliis bonis communibus ſeparantur, ut feuda nempe ad ſolos filios regulariter perveniant, reliqua bona communia inter maſculos & fœminas dividantur: nam quando ex pacto fœminæ etiam ad ſucceſſionem admittuntur; deficientibus tamen maſculis ſaltim ſuccedunt, niſi in ſpecie id actum, ut filiæ ſimul cum maſculis ſuccedere debeant e). De perſonis illuſtribus, quarum jura in hac diſſertatione proponere inſtituti noſtri ratio haud permittit, pauciſſimis ſaltim verbis adnotamus, quod in provinciis Germaniæ in quibus jus primogenituræ introductum eſt, primogenitus prærogativa in ſucceſſione fruatur, territorium & jura omnia in quibus regiminis vis, dignitas atque auctoritas conſiſtit, omni diviſione & conſortio remotis, ad primogenitum perveniant, conſequatur is ſolus jus ſtatus imperii, ſuperioritatem quam vocant territorialem & eorum, quæ ad regimen territorii pertinent, exercitium, quæ familiæ illuſtri illi adgreſcunt, ſoli etiam primogenito adquirantur, complexus omnium regalium ſit penes eum, atque in negotiis familiæ cæteros, tanquam caput repræſentet, illaque negotia nomine ſuo tractet. In his & ſimilibus juribus primogenitus fratribus natu minoribus longe præfertur: eæ vero res, quæ in familiis illuſtribus pro hereditariis & communibus habentur, inter heredes Principum dividuntur atque ad eas dividendas familiæ herciſcundæ actio inſtitui poteſt.

a) *in lege 18. §. 1. D. famil. herciſ.*

b) *in lege 1. pr. §. 1, 5. & lege 5. §. 5. D. de his qui effud. vel dejec.*

c) *in lege 18. cit.*

d) *vid. §. 3. J. de obligat. quæ quaſi ex contractu naſcuntur & lex 22. §. 1. D. famil. herciſ.* e) *vid.* HORNIVS *in jurisprud. feud. cap. XV.*

f) *vid. de* LVDOLPH *in introduct. juris primogenit. parte ſpec. aphor. 3. & 16.* STRUV. *in ſyntag. juris publ. cap. XXVII. §. 8.*

§. XV.

§ XV.

Quemadmodum itaque qualitas rerum, quæ a defuncto relictæ ſunt, ſollicita cura inveſtiganda eſt, ut illæ ſeparentur, quæ ad hereditatem non ſpectant; ita præter res ratio præſtationum perſonalium in judicio familiæ herciſcundæ haberi etiam debet. Præſtationes perſonales vel in utilitatibus ex hereditate ejusque occaſione perceptis, vel ſumtibus in res hereditarias factis, vel damnis datis hereditati conſiſtunt. Quod ad utilitates attinet, ad eas referuntur commoda ea, quæ ex rebus communibus hereditariis ad aliquem ex coheredibus pervenerunt, puta fructus & uſuræ; ſed eas utilitates aliquis tanquam coheres perceperit neceſſe eſt: ſi res diviſæ ad coheredem pervenerint, & alter officia amicitiæ præſtiturus, hereditarium debitum coheredi exegerit, familiæ herciſcundæ actio ceſſat, & locus actioni negotiorum geſtorum datur; quum præcipue negotium amici, non coheredis utiliter geſtum fuerit. Quidquid ergo coheres coheredum nomine accepit, non aliter ad hoc judicium pertinet, quam ſi coheres propter communionem gerere debuerit. Idem obtinet in ſumtibus a coherede in res communes hereditarias erogatis, quorum non alii in hoc judicium veniunt, quam quos coheres pro coherede ex neceſſitate fecit, ut non poſſet ſeparatim eos facere: tunc enim quaſi coheres fecit. Si ſumtus non ex neceſſitate, ſed ex libera voluntate fecerit, non, quaſi coheres, ſed quaſi amicus ſumtus feciſſe exiſtimatur; ac proinde eos non actione familiæ herciſcundæ, ſed negotiorum geſtorum repetit a): ſumtuum vero, quos in hoc judicio unus ex coheredibus bona fide fecit, uſuras quoque a coherede, ex die moræ conſequi poteſt, id quod in bonæ fidei judiciis fieri ſolet b). Inter præſtationes perſonales damna a coherede communi hereditati inlata denique numerantur c), modo tanquam heres dederit: ideoque VLPIANVS d) ait: *ſi vivo teſtatore unus ex heredibus pecuniam ſuſtulerit, in familiæ herciſcundæ judicium ea non venit; quia tunc nondum heres erat; ubi autem quaſi heres fecit, etſi aliam præterea quis actionem habeat; tamen teneri eum familiæ herciſcundæ judi-*

 cio

Digitized by Google

ctio Julianus ſcribit. Obligatur ſic coheres coheredi propter damnum quod rebus hereditariis intulit, ſive committendo, ſive omittendo, modo dolo vel culpa datum fuerit e). Qualis culpa in hoc judicio præſtetur PAVLVS explicat f): *non tantum dolum, ſed & culpam in re hereditaria præſtare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus, ſed incidimus in eum: non tamen diligentiam præſtare debet, qualem pater familias diligens:* videtur heic mutatio gradus facta eſſe, poſitivo: *diligens:* adhibito pro ſuperlativo: *diligentiſſimus:* uti in ſimilibus obſervatur) *quoniam hic propter ſuam partem cauſſam habuit gerendi & ideo negotiorum geſtorum actio ei non competit: talem igitur diligentiam præſtare debet, qualem in ſuis rebus:* damnum dolo culpaque lata & levi a coherede rebus hereditariis datum ergo hoc judicio vindicatur g).

a) *Vid.* VINNIVS *in ſelectis quæſt. juris lib. I. cap. 37.*
b) *Vid. lex 18. §. 3. D. famil. herciſ.*
c) *Vid. §. 4. J de officio judicis*
d) *in lege 16. §. 4. D. famil. herciſ.*
e) *Vid. locus jam cit.*
f) *in lege 25. §. 16. D. famil. herciſ.*
g) *Vid.* LAVTERBACH *in colleg. theor. pract. lib. X. tit. 2. §. 18. &* STRUV. *in ſyntag. juris civ. exercit. XV. aphor. 13. ibique* MVLLER *in notis.*

§. XVI.

His omnibus obſervatis, & inprimis facta accurata deſcriptione & conſignatione rerum hereditariarum cum oneribus & commodis, ut materia diviſionis in conſpectu ſit, in quem finem heredes, qui domi mortuariæ fuerunt, interdum jus jurandum præſtare coguntur, ſe non ituros infitias, nec quidquam ab illis ſuppreſſum iri, interdum famuli & miniſtri etiam jurare compelluntur; & ſi liberi adſint, collatione inter liberos parentibus ſucceſſuros, inſuper peracta, judex in hoc judicio res communes hereditarias dividit, & unicuique heredi ſuum in hac diviſione tribuit: debet tamen, quod ſilentio non prætereundum, dum de ejus, qui diutius abſens fuit, familia herciſcunda contenditur, mors prius abſentis probari; tum, quia viventis nulla hereditas eſt; tum quia eorum demum hereditas dividitur, quorum he-

hereditas peti poteſt. a) Cæterum non una tantum, ſed & duæ pluresve inter easdem perſonas communes hereditates, veluti paterna & materna, inter fratres germanos, uno judicio poſſunt dividi; ſic, ut in coheredum arbitrio ſit, utrum ſeparatim de ſingulis hereditatibus, an ſimul de omnibus una familiæ herciſcundæ actione experiri teſtimonio PAVLI b) malint. *In hoc judicio* a judice præterea, ſecundum effatum ejusdem PAVLI c) ſemper *condemnationes & abſolutiones in omnium perſona facienda: & ideo, ſi in alicujus perſona damnatio omiſſa ſit, in cæterorum quoque perſona, quod fecit judex, non valebit; quia non poteſt ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere:* PAVLI hoc effatum intellectu difficile BRVNNEMANNVS d) hoc modo interpretatur, quod ſuper iis rebus, quæ in judicium deductæ, plena eſſe ſententia debeat, ut neque perſona, neque res, in judicium deducta, omittatur. Sed PAVLVM agere NOODTIVS e) rectius ſtatuit de præſtationibus perſonalibus: nam in his condemnationes & abſolutiones fieri debent, nempe ſi alius ex coheredibus impenſas fecerit, alius damnum dederit, aut emolumentum perceperit: ſi ſuum quisque coheredum tunc mutuis petitionibus exigat, judicem de omnibus pronunciare, condemnando abſolvendoque, una ſententia oportet: ſi contra fecerit, ſententia non valebit; quum ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem valere nequeat. Aliud in rebus hereditariis obtinet: quamvis enim in his judex etiam nihil quidquam indiviſum relinquere debeat; quum omnes res hereditariæ in hoc judicium veniant; ſi tamen quid forſitan indiviſum remanſerit, non propterea ſententia nulla eſt; ſed res indiviſa judicio communi dividundo locum facit. Ratio differentiæ in hoc poſita eſt, quod res ſingulæ neque inter ſe cohæreant, neque ſpeciatim in actionem familiæ herciſcundæ dividendæ veniant, uti ſpeciatim in eam actionem perſonales præſtationes deducuntur & mutua petitione inter ſe cohærent: non eſt igitur plena ſententia, ſi de quibusdam præſtationibus tantum judex judicaverit; plena vero eſt adjudicatio rerum hereditariarum, ſi quasdam generatim in judicium

cium familiæ herciſcundæ deductas diviſerit judex adjudicaveritve, aliis indiviſis relictis, judicio communi dividundo poſtea dividendis.

a) Vid. lex 2. princ. D. fam. herciſ. *b) in lege 25. §. 3. 4. & 5. cit. tit.*
c) in lege 27. D. hoc tit. *d) in comment. in leg. jam cit.*
e) in comment. in pand.

§. XVII.

Coheredes vero, poſt diviſionem rerum hereditariarum factam ſive judicialem ſive extrajudicialem, læſos ſe eſſe diviſione ea non raro conqueruntur, reſcindique diviſionem eam propter læſionem deſiderant; unde inveſtigandum eſt, an diviſio ſemel peracta infirmari queat? Quodſi inter veros heredes, pro ea parte, qua heredes ſunt, diviſio facta & nihilominus inæqualitas conſpiciatur, æqua lance ponderandum eſt, an dolo coheredis, an ſine dolo ejus, errore quodam, inæqualitas contigerit. Si dolus intervenifſe probetur, id, quod inæqualiter factum eſt, ex natura negotiorum bonæ fidei, in melius reformandum erit, non modo ſi enormis ultra dimidium, ſed & minor læſio inlata ſit; quum Imperatores DIOCLET. & MAXIM. a) inter læſionem enormem & minorem non diſtinguentes, per fraudem, vel dolum, ſine judicio factis diviſionibus, majoribus etiam ſubveniant. Si ſine dolo & perperam facta læſio demonſtretur, non aliter ſubveniendum illi, qui diviſione violatum ſe eſſe putat, quam ſi enormis, ſeu ultra dimidium læſio probata fuerit; quum enim diviſiones vicem emtionis b) & permutationis c) ſubeant; emtio autem tunc ſaltim reſcindatur, ſi læſio enormis acciderit; non aliud certe in diviſionibus, quam in emtionibus circa læſionem obſervandum fuit: quippe, etſi Imperatorum Dioclet. & Maxim. reſcripto, quod in cauſſa læſionis in hereditatis diviſione inlatæ Aureliæ Septimiæ dederunt, de enormi læſione nihil inveniatur; ſupplendum tamen id eſt ex alio reſcripto, quod iidem Imperatores in cauſſa emtionis venditionis ad Lupum emiſerunt, quo emtionem venditionem reſcindi propter læſionem permiſerunt. Neque

que hoc in caſu diſtinguitur, utrum in judicio, an extra judicium diviſio facta læſione enormi laboret; quum æque judice præſente, atque abſente, in æſtimandis rerum pretiis error committi ac læſio inde contingere poſſit, quam læſionem emendari bonæ fidei judiciis conveniens eſt f). Quod enim Imperatores DIOCLET. & MAXIM. g) reſcripſerunt: *majoribus per fraudem, vel dolum, vel perperam ſine judicio factis diviſionibus ſubveniri:* non eo pertinet, quaſi ſola extra judicium, non in judicio, per judicem, dolo, vel perperam facta diviſio, reſcindi poſſet; quum jus dicentis auctoritas alterius circumveniendi licentiam nemini præbeat; ſed potius verborum hic ſenſus eſt, quod & ea diviſio, quæ dolo adverſarii iniquitatem continet, & ea, quæ citra dolum adverſarii læſionem alteri infert, in melius reformanda ſit; dum temere, ſine conſilio deliberato ac judicio, non ſatis conſiderato rerum pretio, inæqualis pro rata inter coheredes diviſio facta eſt. Quodſi enormis ea læſio acciderit, in arbitrio tunc ejus, qui plus juſto ex diviſione accepit, poſitum eſt, utrum id, quod coheredi deeſt, ſupplere, an novam diviſionem pati malit: ſi etiam reſciſſio facienda ſit, ea ſit tamen reſpectu ejus tantum, qui læſus eſt, non intuitu aliorum, qui læſi non ſunt: probatio inſuper læſionis enormis adſerenti eam incumbit, atque inſpiciendum eſt in enormis læſionis quæſtione tempus illud, quo læſio facta eſt, nec poteſt reſciſſio ob enormem læſionem impetrari, ſi coheredes vera rerum pretia noverint. Hæc nempe intelligimus, ſi læſio enormis circa æſtimationem rerum diviſarum emerſerit: ſi vero læſio circa ipſas res dividendas contigerit, v. g. ſi centum oves dividendæ & unus LII, alter XLVIII in diviſione acceperit & perperam hoc caſu diviſio rerum facta fuerit; quum talis diviſio ex errore manifeſto proceſſerit, errans autem non in eam diviſionem conſenſerit; hoc ſane in caſu qualemcunque læſionem ſufficere ad reſcindendam diviſionem cum celeberrimo COCCEJO g) arbitramur. Quodſi diviſio cum eo facta qui non coheres fuerat; diſtinguendum, utrum per judicis ſententiam, an privatam pactionem diviſio peracta fuerit, ſi

privata

privata conventio interceſſerit, non dubitandum, quin ea, quæ falſo heredi ex diviſione ceſſerunt, & apud eum exiſtunt, vere indebita ſint & condictio indebiti hoc caſu inſtitui poſſit; quum inter eos transactum non intelligatur, ubi alter alterum per errorem coheredem eſſe putavit i). Si judicis adjudicatione per ſententiam inter verum & falſum heredem diviſio contigerit, indebiti condictio non competit; quia indebite ſolutum dici nequit, quod ex cauſſa judicati ſolutum eſt, resque judicata pro veritate habetur. Sed, quia juſtus error inter reſtitutionis cauſſas numeratur k) & inſuper ex falſis allegationibus obtenta ſententia reſcindi poteſt, l) judex vero falſa allegatione alterius partis ad ſententiam diviſionis interponendam inductus fuit, nil vetat, quo minus heres verus, errore probato, adverſus ea, quæ cum coherede falſo peracta ſunt, reſtitutionem in integrum impetrare poſſit.

a) *in lege 3. C. communia utrinsque judicii.*
b) *Vid. lex eum. cit.*
c) *Vid. lex 20. §. 3. D. famil. hercif.*
d) *in lege 3. C. commun utrinsque judic.*
e) *in lege 2. C. de reſcind. Vendit.*
f) *argum. legis 16. C. de reſcind. Vendit. & legis 11. C. de prædiis & aliis rebus minor.*
g) *in lege 3. C. commun. utrinsque judicii.*
h) *in diſſ. ad remed. legis 3. C. commun. utrinsque judic. ſect. 2. conf.* STRYK. *in uſu pand mod. lib. X. tit. 2. §. 7.*
i) *Vid. lex 36. D. famil. hercif.*
k) *in lege 2. D. de integr. reſtit.*
l) *Vid. tit. C. ſi ex falſis inſtrum. vel teſtim. judic.*

§. XVIII.

Læſione, quæ per inæqualem diviſionem uni coheredum facta fuit, a judice ſublata, ſingulorum heredum res, quæ in hoc familiæ herciſcundæ judicio iis adjudicatæ, ſtatim fiunt a); quem effectum adjudicationi jam VLPIANVM b) tribuiſſe ex fragmentis, quæ ex litterarum monumentis hujus JCti ſuperſunt, cognoſcimus: *adjudicatione dominia nanciſcimur per formulam familiæ herciſcundæ, quæ locum habet inter coheredes, & per formulam communi dividundo, cui locus eſt inter ſocios*

cios & per formulam finium regundorum, quæ eſt inter vicinos: nam ſi judex uni ex cobæredibus, aut ſociis, aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, ſtatim illi adquiritur, ſive mancipi ſive nec mancipi ſit.: atque hinc commotus forſitan JVSTINIANVS c), ut docuerit, id quod iſtis judiciis alicui adjudicatum, ejus fieri ſtatim, cui adjudicatum fuerit. Sententia judicis actionem perſonalem alias parit, nec dominium addicit, ſed competere declarat; atque hinc rei vindicatione, etſi de dominio agatur, non tamen ea actione inſtituta, per ſententiam judicis dominium adquiritur, ſed, quod antea adquiſitum erat, potius confirmatur: in his ab Ulpiano recenſitis judiciis mixtis, dominium potiſſimum per adjudicationem, quæ ſententia fit, adquiritur. Equidem *traditionibus & uſucapionibus dominia rerum* Imperatores DIOKLET. & MAXIMIAN. d) *transferri* inquiunt: ex lege XII. tamen tabularum adjudicationem traditioni æquiparatam EVERHARDVS OTTO e) eique tantam vim in his tribus judiciis datam eſſe tradit, ut ipſo jure dominium tranſiret, ſimul ac judex pronunciaſſet; quum coheredes, ſocii & confines jam antea dominium confuſum habuiſſent, quod nunc diſtingueretur ſeparareturque, quam ob cauſſam VLPIANVS f) adjudicationem eam inter modos adquirendi dominii etiam retuliſſet. Aſt enim vero hæc res magni erroris cauſſam juris interpretibus præbuit: ſolent enim inde inferre ac probare, ex ſententia judicis dominium generatim transferri, quod a veritate alienum eſſe ANTONIVS FABER g) probat, neque aliunde apertius hunc errorem convinci convellive, quam ex Ulpiani & Juſtiniani teſtimoniis oſtendit. Nam, qvum VLPIANVS & JVSTINIANVS, in tribus iſtis judiciis, quod adjudicatum fuerit, ſtatim ejus fieri, cui adjudicatum, ſignificarent, hoc ipſo ſatis declararent, in aliis judiciis non idem juris eſſe, neque ea auctoritate quamvis ſententiam judiciis pollere, ut dominium in aliquem transferret: nihil ſane ſpeciale tria iſta judicia continerent, ſi idem jus eſſet in omnibus cæteris judiciis, immo, ut dominium in iſtis tribus judiciis ad aliquem perveniret, non tam a vi ſententiæ, ſed inprimis a poteſtate adjudicationis, quam

E le-

Digitized by Google

leges eidem in his judiciis dediſſent, dependeret ANTONIUS FABER animadvertit.

a) Vid. §. 7. de offic. judicis
b) in fragmentes tit. XIX. §. 16.
c) in §. 7. J. cit.
d) in lege 20. C. de pactis
e) in comment. in inſtit. lib. IV. §. 7.
f) in fragment. cit. loco.
g) de error. pragmat. decad. XCVIII. errore 7.

§. XIX.

Conſtat familiæ herciſcundæ judicium, ſi ſemel eo actum fuerit: nam, ſi quid indiviſum remanſerit, judicio communi dividundo agitur a), niſi, uti antea obſervavimus, inter pauciores ex pluribus diviſionis judicium ſuſceptum fuerit & reliqui coheredes poſtea ſupervenientes iteratam hereditatis diviſionem petierint: atque hinc etiam eſt, quod quandoque coheredes de rebus quibusdam ſingularibus hereditariis dividendis communi dividundo actione inter ſe contendant, quo deinceps generalis familiæ herciſcundæ actio, ſalva & integra illis permaneat b). Imperatorum SEVERI & ANTONINI c) reſcriptum: *ſi non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diviſiſti, nec ſuper ea re ſententia dicta, vel transactio ſubſecuta eſt; judicio familiæ herciſcundæ experiri potes:* huic ſententiæ non obſtat; quum Imperatores non de eo caſu, quo per judicis ſententiam, ſed quo per coheredum conſenſum rerum quarundam diviſio facta eſt, reſcribant: tunc enim, quia nondum inter eos diviſionis judicium hoc univerſale agitatum, merito de non diviſis actione familiæ herciſcundæ experiri ipſis indultum fuit. Agere hoc judicio quoque non poteſt is, quem teſtator ex re certa tantum heredem ſcripſit, alium vero ſimul ſine re & generatim inſtituit: quia enim heres ex re certa ſcriptus legatarii loco eſt, non poteſt videri ullam rem cum coherede jure hereditario habere communem. Quamvis inſuper teſtatoris prohibitio efficere nequeat, ut communio in perpetuum inter coheredes permaneat nec ullo tempore rerum hereditariarum diviſio poſtuletur *quod nullam ſocietatis coitionem in æternum eſſe* PAULUS e) adfirmet: idem tamen JCtus f)

ſocie-

Digitized by Google

ſocietatem coiri poſſe, vel in perpetuum, id eſt, dum vivunt ſocii, vel ad tempus vel ex tempore poſſe permittit: unde colligimus, ad tempus etiam longum, vel quamdiu certa perſona heredis vixerit, factam hereditatis dividendæ a teſtatore prohibitioris adimplere jure romano valere; quum heres voluntatem teſtatoris adimplere teneatur, & conventione partium ſocietas, quam diu ſocii vivunt, contrahatur atque heredum inſtitutionem, ſub ea conditione, ſi ſocii bonorum hereditariorum usque ad annos ſedecim permanſerint, inutilem haud eſſe JVLIANVS g) ſentiat. Verum familiæ herciſcundæ judicium eam ob cauſſam non poteſt coheredi denegari, quod coheredum alter res hereditarias communiter pro indiviſo per triginta annos poſſederit: nam eo ipſo, quo quis cum alio conjunctim rem poſſidet, conſortem eum agnoſcit, nec præſcriptionem is allegare poteſt, qui non tantum ſuo nomine, nec ſibi ſoli, ſed ſibi ſimul & conſorti pro indiviſo rem tenet, atque jus recedendi a communione res meræ facultatis eſt, cujus petitionem longiſſimi temporis præſcriptio non extinguit. Quodſi autem unus coheredum res hereditarias triginta annis ſolus bona fide ſuo nomine, tanquam ſuas, poſſederit; tunc judicium familiæ herciſcundæ judicium ceſſabit; quod poſſeſſor ſolus res hereditarias poſſeſſas ſibi ſervaturus ſit, & poſt lapſum triginta annorum aliquis nulla amplius hereditatis petitione, tanquam actione mixta, quaſi pro herede vel poſſeſſore, conveniri queat; atque hoc ſenſu JVSTINIANI h) conſtitutionem, neque familiæ herciſcundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum actiones ultra triginta annorum ſpatium extendi accipimus i). Sicut autem facta inter coheredes diviſio in quibusdam caſibus ab uno coheredum, cæteris invitis, auxilio judicis implorato, interdum infirmatur; ita communi omnium coheredum conſenſu ab ea, quæ vel per judicem, vel per privatam pactionem ad finem perducta fuit, recedi poſſe perſuaſi ſumus; quum ſecundum juris noſtri fundamenta & contrariis conventionibus priores tolli

poſſint & quisque juri ſuo per conventiones, aut ad judicationes judiciales, quæſito renunciare queat.

a) Vid. lex 20. §. 4. D. famil. hercisſ.

b) Vid. lex 44. princ. D. cit. tit.

c) in lege 1. C. hoc tit.

d) Vid. lex 13. C. de hered. inſtit.

e) in lege 70. D. pro ſocio.

f) in lege 1. D. cit. jam tit.

g) in lege 4. D. de condit. inſtit.

h) in lege 1. C. de annali exceptione italici contractus tollenda &c.

i) Vid. VINNIVS *in ſelectis quaſt. juris lib. 1. cap. 34.*

§. XX.

Cum familiæ herciſcundæ actione crimen expilatæ hereditatis non concurrere Imperator ANTONINVS a) conſtituit; quia judicio familiæ herciſcundæ indemnitati coheredis jam ſatis proſpectum eſſe exiſtimat, atque inſuper coheres non animo expilandi, ſed jure ſuo præſumendus eſt hereditatis res contrectaſſe & hoc judicium diviſorium inter heredes veros, jure ſuo contrectare valentes, inſtituitur. Si autem ultra ſuam partem coheredem res hereditarias ſubduxiſſe expilandi animo probari poſſet, eo certe in caſu adverſus illum expilatæ hereditatis actio æque competeret, ac ſocio contra ſocium, ob rerum communium amotionem, ubi furandi propoſitum demonſtrari manifeſte poteſt, actio furti datur b). De foro competente, in quo judicium familiæ herciſcundæ exercetur, adhuc adnotamus, quod coheredes, diverſas jurisdictiones agnoſcentes, ad unum idemque judicium, pro ventilando hoc diviſorio judicio, venire debeant, ne continentia cauſſæ dividatur, neve, ſi judices diverſos actores adirent, difficultates inexplicabiles, altero judice nempe rem Titio adjudicante, altero eandem Mevio adſignante, inde orirentur c). Sicut etiam fideicommiſſum univerſale illic petitur, ubi hereditas, ſita eſt d); ita hereditatis diviſio illic, ubi aut tota hereditas aut major rerum hereditariarum pars reperitur, recte petitur. In loco præterea domicilii coheredis illius, qui ad diviſionem a coherede provocandus eſt, familiæ herciſcundæ actionem ex juris noſtri fundamentis, moveri

veri poſſe defenditur, quia forum domicilii generale eſt, hereditatis etiam petitio in loco domicilii poſſeſſoris inſtituitur, e) atque inſuper actorem ſequi forum rei debere regula generalis dictat f). Cæterum, quia hereditatis diviſio alienationis ſpecies eſt & vicem emtionis obtinere dicitur g), dubium hoc remanet, an & quando laudemiorum præſtationi in prædiis onere hoc gravatis locus ſit; ſed CARPZOVIVS h) dubium hoc ſolvit & caſus ſimul varios laudemium concernentes propoſuit, quos, ut recenſeamus limitibus, quibus meditatio noſtra circumſcripta eſt, arcemur; eos enim ferme nos egregeſſos eſſe probe memores, jamjam ſtylum deponimus & diſſertationem noſtram finimus.

a) in lege 3. C. familiæ herciſ.
b) Vid. lex 21. D. de adquir. vel omitt. hered. lex 45. & 51. D. pro [illegible]
c) Vid. lex 1. D. de quibus rebus ad eundem judicem eatur lex 10. C. [illegible]diciis.
d) Vid. lex un. C. ubi fideicommiſſum peti oporteat.
e) Vid. lex un. C. ubi de hereditate agatur.
f) Vid. lex 2. C. de jurisdictione omnium judicum.
g) in lege 1. C. communia utriusque judicii.
h) in jurisprud. forenſi part. II. conſtit. 39. defin. 19. ſequ.

D. S. G.

MISCELLANEA
EX
JVRE CANONICO, CIVILI, FEVDALI FT CRIMINALI.

I. Procurator generalis in electione Prælatorum eligere poteſt ſuum Principalem.

II. Electio digni, omiſſo digniore, valet.

III. Ad poſtulationem, ſi cum electione concurrat, duæ tertiæ requiruntur.

IV. Ar-

IV. *Archi-Epiſcopus ordinariè ſupplet negligentiam Epiſcopi etiam in juriſdictione contentioſa.*

V. *Prælatus rem immobilem vel mobilem pretioſam Eccleſiæ legatam repudiare non poteſt.*

VI. *Judex non ſequitur privatam ſcientiam, quando ſcit Reum publicè probatum nocentem, eſſe innocentem.*

VII. *Reconventio coram alio judice, quàm Academico, contra ſtudioſum non habet locum.*

VIII. *In actione negatoria Reo incumbit probatio, licet ſit in quaſi poſſeſſione ſervitutis.*

IX. *Moto concurſu ſuper bonis debitoris, Creditor, qui rem mobilem oppignoratam penes ſe habet, ad concurſum extradere non tenetur, niſi debitum fuerit reſtitutum.*

X. *Feudum in ſylva conſtitutum non comprehendit jus venandi.*

XI. *Feudum in re aliena conſtitutum obligat ad evictionem.*

XII. *Fœmina in feudo pro maſculis & fœminis conceſſo per exiſtentiam maſculi ſemel excluſa, non cenſetur eſſe excluſa in perpetuum.*

XIII. *Furtum in palatio Principis vel alio loco privilegiato commiſſum ſeveriori pœna punitur.*

XIV. *Furtum per Effractionem Horrei, tugurii, ſtabuli vel caſæ eorundemque parietum ex limo confectorum commiſſum morte non punitur.*

Digitized by Google